CONFÉRENCE INTERNATIONALE DES REPRÉSENTANTS DES COMMISSIONS DE CODIFICATION PÉNALE.

Zakłady Graficzne Pracowników Drukarskich,
Warszawa, Nowy-Świat 54. Tel. 15-56 i 242-40.

Rapport, concernant les questions de la tentative, de la complicité, de la légitime défense et de l'état de nécessité,

préparé par le Rapporteur Général

M. WACŁAW MAKOWSKI,

professeur, ancien Ministre de la Justice.

Quand à la question de la *Tentative* nous devons commencer par la définition. On sait par trop bien que la définition dominante de la Tentative comme commencement d'éxécution d'un délit, était critiquée de divers points de vue. On la trouve par trop objective, ne donnant pas une appréciation suffisante à la valeur du motif, du coté subjectif de l'action, et d'autre part peu precise. Je m'abstiens içi de toute critique et d'analyse scientifique de la question; comme j'ai déjà remarqué il serait impossible de nous occuper dans nos débats actuels des études théoriques; avec la quantité et le caractère des questions qui nous occupent nous aurions alors plus qu'une mer à boire.

Je me borne à constater que, par exemple, en comparant les sept projets des codes, que nous avons devant nous, nous trouvons le „commencement d'exécution" dans quatre et dans trois — „l'entreprise de l'action".

Ce qui est caractéristique, ce que même les projets qui restent sur le trerain du commencement d'exécution tâchent (excepté un seul projet) de donner à la définition un caractère plus subjectif, en cherchant à définir non la tentative comme une forme de délit, mais plutôt l'action de tenter. On lit dans ces projets de „quiconque", qui „commence à exécuter le délit" ou bien qui „commence l'exécution du délit". Le projet Espagnol ajoute encore que le coupable agit „directement par des actes extérieurs". Nous trouvont ici

dans ce projet, comme d'ailleurs dans des autres projets précités, dirais - je, une tentative de changer le classique point de vue.

Vraiment : la différence des définitions consiste dans la différente notion du délit. D'un coté le délit peut être conçu comme une entité, comme quelque chose qui existe en soi même, comme un fait ou un evenement, — de l'autre, et à mon avis plus juste, comme une action. Il n y a pas de délit sans le delinquant, il n y a pas d'exécution sans exécuteur, sans une action exécutrice d'un sûjet humain. Il n'existe pas de même un commencement d'exécution qui pourrait être traité séparément.

Si nous sommes d'accord sur ce point de vue, en acceptant la notion du „delit — action", il nous sera plus facile de trouver une définition commune de l'acte qui, sans être un délit consommé, en sera la tentative.

Quels sont les éléments d'un tel acte?

1-o Il doit être „*entrepris*" par un homme.

2-o Il doit être entrepris „*dans un but*" *quel conque.*

3-o Il doit être „*dirigé vers la réalisatoin*" de ce but.

4-o Il doit *échouer*.

Ajoutons encore qu'un acte entrepris doit être manifesté, pour ainsi dire exteriorisé Que le but dont nous parlons ici est naturellement le but délictueux. Qu'on ne peut pas parler de la volonté de réaliser un but si l'acte réalisateur ne le vise pas d'une manière directe.

Et voilà tout ce qu'il nous faut pour construire la définition synthétique de la tentative.

Si le delit est une action entreprise et manifestée par un homme réalisant un dessein delictueux, —

la tentative est une action dirigée d'une manière directe vers la réalisation d'une intention délictueuse, qui avait echoué.

Il serait trop hâtif de proposer une définition toute rédigée, je serais tout satisfait si la Conférence veuille accepter les bases de la définition que j'avais l'honneur de presenter.

Cependant voilà la proposition qui, à mon avis pourrait être prise comme base:

„Quiconque aura entrepris une action dirigée d'une manière directe vers la réalisation d'une intention délictueuse, sera responsable du chef de la tentative, si pour cause indépendante de sa volonté il n'a pas commis l'infraction visée".

*

* *

La question de la *complictité* présente au point de vue de la codification beaucoup de difficulté. Il y a déjà longtemps que les exigences de la pratique judiciaire, plus encore que ne le faisaient les combinaisons des théoriciens, posèrent un problème nouveau, à savoir le problème de la responsabilitée de chacun des complices.

Ce problème n'etait pas facile à resoudre. La formule de Goetz dans son code Norvégien, est plutôt un manque de formule, le problème attend à être abordé d'une manière directe et possible à être acceptée par la codification pénale en général.

C'est déjà en 1902 au Congrès International à Petersbourg qu'on a voté la proposition des éminents criminalistes des écoles diverses notamment: *Garraud* (pere), *van Hammel* et *Liszt*. L'opinion du Congrès était alors: „Quand à la question de la complicité la loi devra abandonner toute distinction doctrinaire entre ceux qui ont participé au même crime et se borner à indiquer les modes de participation qu'elle considèrera comme tels".

Après un quart de siècle nous sommes dans cette matière encore là.

Si on compare les projets que les organisateurs de notre conférence nous ont mis en mains, on y voit l'éffet d'un travail intense, tendant à rompre avec cette distinction doctri-

naire, dont parlait le Congrès de 1902. Les métodes qu'on y emploie sont bien variées. Les uns cherchent une définition générale, qui pourrait à l'avis des auteurs, exprimer le mieux l'idée, que chacun est responsable des ses actes en premier lieu, et que les actes d'autrui ne peuvent etre considéres comme la base principale de responsabilité des complices.

Cependant s'il est facile de proclamer une telle idée il est difficile de lui donner une formule pratique qui permetterait aux juges de l'accepter avec succès.

En réculant devant une difficulté de la définition d'autres ont essayé à donner une énumération minutieuse des situations possibles, en combinant les actions des instigateurs ou provocateurs, des auteurs et des complices.

Ce qui est caractéristique c'est la tedance presque commune à penaliser les cas de provocation echouée, et d'assistance inutile.

Je m'abstiens, à cause de motif déjà exposé, d'entrer dans la discussion de tous les details de la question au point de vue scientifique. Je constate que l'opinion de juristes reunis en 1902 cherche à être realisée dans les projets arrivants après plus de 20 ans.

Je crois remplir ma tâche si je trouve les points communs à la majorité si non à tous ces projets.

Si nous laissons de coté la métode de rédiger la loi et nous arretons sur l'essence des idées enfermées dans la formule codifiée, nous voyons que la tendence commune cherche à regarder comme punissables non seulement l'auteur, c'est à dire la personne qui exécute le crime pour ainsi dire des ses propres mains, mais aussi la personne qui éxcite l'auteur à commettre le crime et celle qui lui facilite l'exécution du crime. On ne dit pas encore d'une façon catégorique qu'il y a tant des crimes que des complices, cependant on affirme qu'envers chacun d'eux le juge doit envisager la question de la responsabilité au sens objectif et subjectif, de l'imputa-

bilité et de la dimension de la peine, au point de vue individuel.

En analisant cette tendance relevée dans les projets nous pouvons constater que c'est aussi la tendence propre à la jurisprudence. C'est le cas par exemple de la jurisprudence de la Cour de Cassation Francaise qui même avec l'art. 59 C. P., se voit entrainnée à l'interpréter „non comme il est rédigé, mais comme s'il employait la formule préconisée par M. Makowski", comme le constate M. Pierre Garraud (fils) dans son livre à propos des Avants — projets polonais.

Je trouve ainsi un appui bien fort, C'est la vie qui inspire les juges, les praticiens de la Cour de Cassation, et les, proffeseurs, les théoriciens de la Codification, et qui les conduit tous à un même but.

Quelle est donc cette idée commune?

Elle est encore cachée, et il n'est pas nullement necessaire de lui donner dès à présent une formule trop éclatante. Elle peut rester dans l'ombre, le rôle d'une tendance plutôt que d'une affirmation précise lui convient. Seulement les formules légales doivent être rédigées de manière à ne pas empêcher le sens dans lequel on tend à s'orienter.

Cette idée est: *Quot personae agentes tot crimina*, combien de personnes agissantes tant de crimes.

Nous devons alors définir d'une manière générale que l'exécution du crime consiste non seulement en action physique du l'auteur principal, mais aussi en instigation et aide, que chaque complice est en quelque sorte auteur du crime, parce que le crime c'est l'action.

Après avoir défini les formes possibles d'exécuter le dessein criminel c'est à dire de commettre le crime: par l'exécution proprement dite, par l'instigation et par assistance, nous avons rempli le dévoir de la codification, comme il était compris par l'opinion du Congrès de 1902 et comme il s'est développé depuis. Il nous reste à constater que chacun des exécuteurs est responsable, et que sa responsabilité est sou-

mise aux dispositions du code penal, qui prevoient la peine et les conditions dans lesquelles la peine doit être appliquée (p. e. tentative etc.).

Il est peu important si on parvient à exprimer cette idée dans une définition de quelques mots, ou bien on lui consacre plusieurs articles. L'éssentiel est de nous mettre d'accord sur l'idée elle même selon les théses, que j'avais exposées, et voilà la formule de Makowski, comme l'à nommée M. Pierre Garraud.

La définition que je propose est :

1. — Quiconque aura excité un autre à commetre une infraction, sera résponsable selon les dispositions de la loi penale, comme s'il avait lui même exécuté cette infraction.

2. — Quiconque aura aidé ou assisté un autre dans la commission d'une infraction sera résponsable selon les dispositions de la loi penale comme s'il avait lui même exécuté cette infraction, l'attenuation ordinaire de la peine lui sera accordée.

3. — Des circonstances particulières, des qualités et rélations personnelles, pouvant justifier l'aggravation ou l'attenuation de la peine ou l'irresponsabilité, seront prises en consideration par rapport à l'ateur, l'instigateur ou l'auxiliaire à qui elles seront propres.

*

* *

En abordant la question de la *défense legitime* (tout demême d'ailleurs que quand'il s'agit de l'état de necessité) nous devons décider quelle etendue voulons nous donner aux consequences juridiques de cettes circonstances.

On peut se borner à exclure la peine, ne touchant pas la question de la responsabilité en général et de caractère délictueux ou non de l'action. En ce cas restera ouverte la question des consequences de l'acte au point de vue civil

etc. il faudra donc, independemment de dispositions en matière purement penale, s'occuper de la defense legitime (ou de l'état de necessité) ailleurs, par exemple dans le code civil, comme le faisait le B. G. B. Allemand.

On peut au contraire poser la question d'une manière plus profonde et s'interesser des toutes les consequences possibles, on va alors décider que non seulement la personne agissante dans un état de legitime defense (ou de necessité) ne sera pas passible de peine, mais qu'il est impossible de la tenir pour responsable, ou de qualifier son acte de délit.

Conformement à ces deux points de vue nous trouveront dans nos sept projets les propositions differentes. Trois projets ne s'occupent que d'impunité de l'acte commis en état de la défense legitime (ou de necessité), les trois autres projets affirment que dans ces cas l'auteur ne commet pas de délit ou d'infraction, enfin le septième projet traite separement la défense legitime qui, selon ce projet, ne saurait être consideré comme illicite, au contraire en cas de necessité il n'y a question que d'impunité.

Ce qui est essentiel et immutable dans toutes les dispositions concernantes les deux cas et ce qui doit être pris en considération avant tout c'est la question de responsabilité. On n'applique pas la peine à quelconque qui agit dans des conditions de défense et de necessité, au point de vue criminel, il n'est pas traité comme delinquant; au point de vue civil il n'encourt pas la responsabilité civile de son acte. C'est ce qu'il faut exprimer dans la définition du code en cette matière.

Il est peu de constater l'impunité, maintes questions additionnelles se posent encore, il faut donner des indices qui permetteraient à les resoudre.

La métode de qualifier le fait, l'evenement, au lieu de s'interesser de l'auteur et de son action, ne me parait pas heureuse. C'est la métode classique, il est vrai, mais de plus en plus nous trouvont necessaire d'abandonner les formules classiques en nous arretant sur des elements subjectifs plutôt qu'objectifs dans tout le domaine de droit pénal.

Ici c'est la même chose. Ce qui nous interesse ce n'est pas si un evenement doit être nommé délit ou non, mais si un tel homme, auteur d'un tel acte doit être tenu responsable ou non vu les conditions dans lesquelles il a agit.

Il est necessaire donc, et d'autre part il suffit, de constater que la personne agissante en legitime defense (de même qu'en état de necessité), n'est pas responsable. Son impunité est la consequence directe de manque de résponsabilité; question si l'acte dont l'auteur est irresponsable à cause des circonstances exterieures doit être nommé délit ou non, peut occuper les théoriciens et les théses de doctorat elle n'a pas de valeur decisive pour la codification.

Le deuxiéme element essentiel de la construction de défense legitime et de l'état de necessité c'est la question d'énumeration des biens, qui peuvent être défendus. Ici nous pouvons choisir entre deux formules: une plus étroite et plus ancienne exige que l'aggression qu'on repousse soit dirigée contre la personne qui se defend, c'est à dire que la défense legitime est une défense purement personnelle. La défense des biens patrimoniaux ne peut être conçue que comme dérivant de la défense personnelle, on peut notamment défendre le patrimoine qu'on a sur ou près de soi.

L'autre formule est au contraire plus large, elle permet à defendre chaque bien, reconnu legitime personnel ou patrimonial.

En comparant la legislation du siècle passé et les projets de la codification actuelle, nous voyons une tendence à elargir le cercle des biens dont la défense est justifiée. Cette tendence me parait juste. On ne saurait pas trouver des arguments irrefutables contre le droit de la défense du patrimoine. Naturellement il s'agit de la défense, c'est à dire de l'action propre et neccesaire pour refuter une aggression illicite, actuelle et réelle.

Même chose faut il dire à propos de l'état de necessité. Quoique nous trouvons des solutions diverses plus largement ou plus etroitement traitant les biens qui peuvent être sau-

vés au detriment des autres biens analogues, il parait juste de garder une seule condition : que le bien dont il s'agit soit un bien legitime. Naturellement on peut le sauver à condition d'un eqilibre entre le bien sauvé et le bien sacrifié, cet equilibre doit être conçu par la personne agissante et cette conception doit être fondée sur la valeur objective des biens en tant qu'elle peut être appreciée par la personne agissante.

Le concours de deux bien dont un seul peut être sauvé, un equilibre approximatif entre ces biens, d'ou suit l'exigence qu'ils soient de même genre; la conscience d'auteur concernant la relation de valeurs des biens en question; voilà les conditions premières qui nous permettent de comprendre tous les biens legitimes comme pouvant justifier l'irresponsabilité dans le cas d'état de necessité impossible à eviter d'une autre façon.

Si, toutes les autres conditions gardées, il y a une difference relative entre les biens, et si le bien sauvé est de valeur rélativement moindre que le bien sacrifié, ou si la possibilité d'eviter le danger d'une autre façon n'etait pas exclue, nous devrons constater que l'auteur ne peut être disculpé pleinement comme dans le cas de concours des toutes les conditions exigées, on pourrait alors accepter que l'auteur a depassé les limites de l'action indispensable en raison des motifs subjectifs, provoqués par le danger, et lui reconnaitre le droit à une attenuation extraordinaire de la peine sans le tenir pour irresponsable.

Ce serait alors une analogie avec le cas ou la personne agissante dans l'état de défense legitime depasse les limites de l'action adequate, indispensable pour refuter l'aggression illegale. Cependant l'auteur depassant les limites de la défense contre une ataque, comme agissant dans une lutte envers la personne, qui a elle même, par son attaque illegale provoqué les consequences, peut être tenu irresponsable même dans les conditions où l'irresponsabilité de l'auteur qui dépasse les limites de la necessité ne serait pas fondée.

C'est le point de vue qui n'est pas accepté expressement que par un seul projet parmi les sept que nous avons devant nous, mais dans son contenue il n'est pas dans un desaccord serieux avec tous les autres de ces projets.

Il serait opportun encore d'analiser la question si l'action justifiée de défense ou de necessité peut être entreprise dans l'interet de la personne agissante ou de quelqu'un autre aussi et notamment de qui.

Il existent plusieurs solutions de ce problème. Les uns exigent la stricte personnalité de l'action, les autres permettent de l'elargir et des défendre les personnes et les biens d'une quantité des personnes proches de l'auteur: ses parents, son époux, ses enfants etc., les derniers enfin croient qu'il est licite de défendre contre une attaque illegale non seulement soi même ou ses proches mais aussi chacun qui est en danger.

Comme l'essence même des deux institutions qui nous interessent consiste en opposition des interets legaux d'un côté et d'agression illegale ou d'un etat extra-legal comme la necessité de l'autre côte, — la tendence de traiter le caractere de la legalité des biens independamment du sujet des droits me semble bien naturelle. Il est à constater si les biens défendu sont legaux ou non, et non qui est le porteur legitime des droits concernant ces biens.

C'est pourqui on pourrait avec raison elargir le cercle des personnes qui puissent être défendu.

Les définitions que je propose sont:

I. Legitime défense.

1. — Quiconque agit en défense legitime des biens personnels ou patrimoniaux siens ou à autrui, en repoussant une aggression injuste, — ne sera pas responsable.

2. — Si on a depassé les limites des actes indispensables pour repousser l'aggression, le tribunal pourra appliquer l'attenuation extraordinaire de la peine.

3. — Ne sera pas puni quiconque aura depassé le limites de la defense legitime à la suite d'une forte émotion psychique provoquée par l'aggression.

II. Etat de necessité.

1. — Quiconque agi pour sauver les biens personnels ou patrimoniaux siens ou à autrui devant un danger eminent impossible à éviter par un autre moyen, — ne sera pas responsable s'il a pu raisonnablement considerer le bien qu'il s'agissait de sauver comme étant plus important que le bien qu'il aura lesé.
2. — Si on a depassé les limites des actes justifiés pour sauver le bien défendu le tribunal pourra appliquer l'attenuation extraordinaire de la peine.
3. — Les préscriptions de 1 et 2 ne seront pas appliquées si on viole le devoir special de peur d'un danger personnel..
